Journal of Fiqh and Usul
Vol. 51, No. 3, Issue 118
Autumn 2019
DOI: https://doi.org/10.22067/jfu.v51i3.64077

سال پنجاه و یکم، شماره ۳، شمارهٔ پیاپی ۱۱۸
پاییز ۱۳۹۸، ص ۱۱٤-۹۵

بررسی قلمرو و حکم تجری در فقه امامیه و شمول آن بر جرائم ناتمام*

دکتر محمدابراهیم شمس ناتری[1]
دانشیار پردیس فارابی دانشگاه تهران
Email: eshams@ut.ac.ir

سید هاشم آل‌طه
دانشجوی دکتری رشته حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد قم
Email: seyed_aletaha@yahoo.com

چکیده

یکی از کاستی‌های حقوق کیفری کشور ما، عدم توجه کافی به موضوع تجری است؛ هر چند حکم تجری در بین فقها اختلافی است؛ ولی بی‌تردید در صورتی که تجری علیه مصالح عمومی و حق الناس باشد و حالت خطرناک متجری محرز شود، به تشخیص حاکم شرع، می‌توان او را تعزیر یا تحت اقدامات تأمینی و تربیتی قرار داد تا از جرم پیشگیری شود؛ چنین چیزی را قانون‌گذار مطمح نظر قرار نداده است. نکته دومی که در این مورد مغفول مانده است، عدم تبیین دقیق تعریف و قلمرو تجری است؛ طبق تعریف مشهوری که از تجری شده، قلمرو آن منحصر به موردی است که کسی طبق پندار قطعی خود با حکم الزامی شارع مخالفت عملی نماید، بعد معلوم شود عمل انجام شده مباح بوده است؛ اما از تعابیر برخی از فقهاء استنباط می‌شود که هرگونه مخالفت عملی با حکم الزامی شارع که اقدام کننده به مقصود خود نرسد، تجری محسوب می‌شود؛ بر این اساس، می‌توان به تعریف جدیدی از تجری دست یافت که قلمرو آن را، به جرائم ناتمام نیز تعمیم می‌دهد؛ این نوشتار سعی دارد، ضمن تبیین دیدگاه‌های مختلف فقها نسبت به قلمرو تجری، بر معنای گسترده آن تاکید نموده و جایگاه تجری را در حقوق کیفری ترسیم نماید؛ همچنین سعی دارد، منشأ اختلاف اصولیان در تجری را اجمالاً بررسی نموده، نظریه حرمت تجری را بر پایه حکم ثانویه تقویت نماید.

کلیدواژه‌ها: تجری، جرم ناتمام، حکم ثانوی، قبح فعلی، قبح فاعلی.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹٦/۰۲/۱۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹٦/۱۲/۰۷.

[1]. نویسنده مسئول

Analysis of the Scope and Rule of Tjarri (effrontery) in Imamia Jurisprudence and its Application to Incomplete Crimes

Mohammad Ibrahim Shams Nateri, Ph.D. Associate Professor, University of Tehran, College of Farabi (corresponding author)

Sayyed Hashem Ale Taha, Ph.D. Student of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Qom Branch

Abstract

One of the deficiencies of the Iranian penal law is the failure to pay enough attention to the issue of tajarri (effrontery); despite disagreement among Islamic jurists regarding tajarri, undoubtedly, if tajarri is against public interests and other persons' rights and the dangerous status of the person committing effrontery (motajarri) is identified, a discretionary punishment may be executed on him or he may be sentenced to security measures at the Islamic judge’s discretion , in order to prevent commitment of crime. However, such issue has not been envisaged by the legislator. The second point neglected in this regard is the failure to offer the exact definition and scope of tajarri; based on the famous definition of tajarri, its scope is limited to the case where an individual, based on his definite belief, violates practically, the divine lawgiver’s obligatory verdict, but subsequently, it becomes clear that the committed act was permitted. But it is understood from the statements of some Islamic jurists that any case of practical violation of the lawgiver's obligatory verdict in which the perpetrator does not achieve his purpose, is considered as tajarri, accordingly, a new definition of tajarri may be given which extends its scope to incomplete crimes as well. The authors, in this paper, intend, in addition to explaining different opinions of Islamic jurists concerning the scope of tajarri, to emphasize on its broad definition and clarify its status in penal law. Likewise, the authors intend to study in summary the origin of controversy among Usulis and strengthen the prohibition of tajarri on the basis of secondary verdict.

Keywords: Tajarri, incomplete crime, secondary verdict, obscenity of act (ghobhe feli), obscenity of doer (ghobhe faeli).

مقدمه

موضوع تجری از جمله مباحث چالش برانگیزی است که هم در علم کلام، هم در علـم اصـول فقـه و هم در فقه مورد بررسی قرار گرفته است: وقتی سخن از قبح تجری است، بحث اصولی است، وقتی سـخن از حرمت تجری است، بحث فقهی است و وقتی سـخن از عقـاب متجـری اسـت، بحـث کلامـی اسـت (سبحانی، جعفر، المحصول، ٤٤؛ همو، درس خارج ۱۳۸۸/۱/۱۷) آنچه مشهور اسـت آن کـه: اصـطلاح «تجرّی» در مقابل معصیت، نظیر اصطلاح «انقیاد» در مقابل طاعت است؛ یعنی همانطور که اگـر کسـی یقین داشته باشد یا گمان کند فعلی یا ترک فعلی مطلوب مولاست و آن را انجام دهد، در صورتی که پندار او مطابق واقع باشد، طاعت و چنانچه مطابق واقع نباشد، انقیاد است، همینطور اگر کسی یقین کند یـا گمـان کند فعلی یا ترک فعلی مخالف امر مولاست و آن را انجام دهد در صورتی که پندار او مطـابق واقـع باشـد، معصیت و چنانچه مطابق واقع نباشد تجری است (مشکینی، ٩٤ - ٩٦). مسأله‌ای که در این موضوع قابل طرح است، آن است که اگر پندار مرتکب مطابق با واقع بود و مخالفت عملی را شروع کرد؛ ولـی بـه دلیـل موانع خارجی، عمل مجرمانه او متوقف شد و یا عملیات به اتمام رسید؛ امـا بـه دلیـل اشـتباه و یـا عوامـل خارجی به مقصود و هدف خود نرسید، حکم آن چیست؟ آیا تجری محسوب می‌شود یا ملحق به معصیت است و مجازات کامل دارد؟. ظاهر آن است که مخالفت عملی که منتج به مقصـود فاعـل نمی‌شـود، بایـد ملحق به تجری شود؛ چون تا زمانی که گناه و جرم کاملاً محقق نشده عنوان گناه و جرم خاص برآن اطلاق نمی‌شود و جرم ناتمام تلقی می‌شود و مجازات کامل متناسب آن نیست، ولی از آنجـایی کـه در تعریـف و مبنای حکم تجری اختلاف نظر وجود دارد در این مورد نیز اختلاف نظر سرایت کـرده اسـت. عـده‌ای ایـن موارد را تحت عنوان تجری، مستحق عقاب می‌دانند و آن‌ها را در تعریف تجری لحاظ کرده‌انـد؛ در مقابـل عده‌ای این موارد را تجری محسوب نمی‌کنند هر چند مواردی از آن‌ها را تحـت عنـاوین دیگـر قابـل تعزیـر می‌دانند.

نکته دیگری که تحقیق در این موضوع را ضروری می‌نماید آن است که علی‌رغم گذشت چهار دهـه از استقرار نظام جمهوری اسلامی و چندین بار بازنگری در قانون مجازات اسلامی، خلأ قانونی در این زمینـه وجود دارد. از آنجایی که متجری «به خود جرأت و جسارت نقض قوانین و ارتکاب بزه را می‌دهد به تعبیـر جرم شناسی دارای حالت خطرناک اسـت» (میرخلیلـی، ۲۵) و پیشـگیری از جـرم نیـز اقتضـا دارد، افـراد خطرناک تحت اقدامات تأمینی و تربیتی و تعزیری متناسب قرار گیرند؛ لازم است قانون‌گـذار تجـری را بـه عنوان جرم مانع و بازدارنده، مورد توجه ویژه قرار دهد تا شاهد موفقیت بیشتر در عرصـه پیشـگیری از جـرم باشیم.

این مقاله در چهار قسمت تنظیم شده است؛ در قسمت اول سه تعریف مختلف از تجری ارائه و قلمرو هر کدام جداگانه مطرح شده است؛ در قسمت دوم انواع تجری بیان شده است؛ قسمت سوم به حرمت تجری اختصاص دارد که در این قسمت، اقوال علماء در تجری و منشأ اختلاف آن‌ها مطرح و در آخر نقد شده است، قسمت چهارم به جایگاه تجری در حقوق کیفری فعلی ایران می‌پردازد.

تعریف و قلمرو تجری در فقه جزایی

تجری در لغت از ریشه «جرأ» به معنای شجاعت است (ابن منظور، ۱/ ٤٤). براین اساس، معنای آن عبارت است از «دلیری کردن، گستاخی نمودن» (معین، ٣٣٦)؛ خواه این دلیری در مقابل مولا باشد که جنبه منفی دارد و نافرمانی و سرپیچی تلقی می‌شود و یا در مقابل غیر مولا (ظالم) باشد. نافرمانی در مقابل مولا نیز اعم ازآن است که در واقع مخالفتی صورت گرفته باشد یا نه؛ یعنی اعم از معصیت است (هاشمی شاهرودی، ۲/ ۳۵۸). اما معنای اصطلاحی تجری محدودتر از معنای لغوی آن است؛ البته در تعریف و قلمرو آن اختلاف نظر وجود دارد؛ اما قدر مسلم آن است که دو محدودیت و تفاوت در تجری اصطلاحی نسبت به معنای لغوی آن وجود دارد؛ اولاً، شامل جنبه مثبت تجری لغوی نمی‌شود؛ بلکه فقط ناظر به جنبه منفی آن است که عبارت از مخالفت با حکم الزامی شرعی و سرکشی در مقابل مولا است؛ ثانیاً، شامل معصیت و عصیان مطابق با واقع نمی‌شود؛ یعنی مخالفت عملی که منجر به تحقق مقصود مرتکب می‌شود، خارج از مفهوم اصطلاحی تجری است. در خصوص تجری اصطلاحی سه تعریف مختلف مطرح شده است که می‌توان آن‌ها را به تعریف «اخص»، تعریف «خاص» و تعریف «اعم» نام‌گذاری کرد. وجه تسمیه این سه قسم آن است که تعریف مشهوری که اغلب اصولیان از تجری ارائه کرده‌اند، از جهت قلمرو و مصادیق، نسبت به دو تعریف دیگر آن، محدودتر است؛ لذا تعریف اخص محسوب می‌شود؛ در نقطه مقابل آن، تعریف شیخ انصاری قرار دارد که مصادیق گسترده‌ای را دربرمی‌گیرد؛ لذا تعریف اعم قلمداد می‌شود و تعریف ارائه شده توسط برخی از علمای اصول که از جهت قلمرو، بینابین این دو تعریف قرار دارد، می‌توان آن را تعریف خاص نامید که به شرح هر یک از آن‌ها می‌پردازیم.

۱. تعریف اخص

تعریف اخص، تعریفی است که فقط ناظر بر مصداق بارز تجری است و از شهرت بیشتری برخوردار است مطابق با این تعریف، تجری عبارت است:

«از مخالفت عملی با حکم الزامی مولا اعم از واجب یا حرام به اعتقاد انجام دهنده؛ در حالی که پندار وی بر خلاف واقع بوده و در حقیقت مخالفتی صورت نگرفته است، مانند کسی که آب را به گمان شراب

بودن بنوشد، سپس معلوم گردد که آن مایع، آب بوده است نه شراب» (هاشمی شاهرودی، ۲/ ۳۵۸).

در تجری چهار رکن وجود دارد که در این تعریف و مثال آن قابل تمیز است: اول، «**مُتجرِی**» یعنی کسی که در تجری قصد مخالفت با مولا کرده است؛ دوم، «**مُتجرَیعلیه**» یعنی کسی که در تجری با او مخالفت شده است که در اینجا مراد مولا است؛ سوم، «**مُتجرَیبه**» یعنی عملی که در تجری با قصد مخالفت انجام شده است که در مثال مذکور همان خوردن آب به عنوان خمر است؛ چهارم، **شیئ خارجی** که در تجری، عمل روی آن انجام شده است که در مثال مذکور آب است. طبق تعریف اخص، سه شرط اساسی در تحقق تجری لازم است **اولاً**، باید قصد گناه و انجام عمل مجرمانه یا ترک واجب وجود داشته باشد؛ **ثانیاً**، علاوه بر قصد باید مخالفت عملی آغاز و عمل مورد نظر به اتمام رسیده باشد؛ **ثالثاً**، علم و یقین متجری برخلاف واقع باشد یعنی «مُتجرَیبه» و شیئ خارجی مباح باشد؛ یعنی علم او خلاف واقع باشد. بر اساس این تعریف، قلمرو تجری بسیار محدود است؛ زیرا: صرف نیت گناه و قصد جرم و انجام مقدمات و شروع به آنها، در قلمرو تجری قرار نمیگیرد، حتماً باید مخالفت عملی انجام و پایان یافته باشد و همچنین اگر مخالفت عملی انجام شود و علم او نیز مطابق با واقع باشد؛ اما به عللی وقوع جرم غیر ممکن باشد یا به دلیل دیگر مثل موانع و عوامل خارجی، به مقصودش نرسد، تجری محسوب نمیشود هرچند تحت عناوین دیگر قابل تعزیر باشد.

ایرادی که به این تعریف وارد است آن است که قید «علم خلاف واقع» که از آن تعبیر به «قطع غیر مصیب» میشود و وجه اصلی تمایز این تعریف با تعاریف دیگر از تجری است، به صورت قید احترازی وارد شده است و مصادیق زیادی از تجری را از تعریف خارج میکند. البته تردیدی نیست، مصداق مهم تجری، قطع خلاف واقع است و به همین دلیل علمای اصول فقه نیز این بحث را در قسمت مربوط به «باب قطع» مورد بررسی قرار دادهاند، اما ذکر این قید به صوت انحصاری باعث غفلت از سایر مصادیق تجری شده است در حالی که همه علماء اتفاق نظر دارند، تجری مقابل معصیت است چه اینکه انقیاد در مقابل طاعت است (مشکینی، ۹۴ – ۹۵) و همانگونه که منقاد در هر مرحلهای از عمل مستحق ثواب است هر چند به مقصود خود نرسد، متجری نیز مستحق عقاب است اعم از اینکه علم و قطع او خلاف واقع باشد یا به علل خارج از اراده او عملش ناتمام بماند و به مقصود خود نرسد.

۲. تعریف اعم

منظور از تعریف اعم، تعریفی است که بیشترین مصادیق را در برمیگیرد و قلمرو تجری اصطلاحی را گسترش میدهد؛ در واقع به معنی لغوی آن نزدیک میشود. دیدگاهی که شیخ انصاری در خصوص اقسام و ملاک تجری دارد، در مقایسه با سایر تعاریف، تعریف اعم را بدست میدهد. ایشان ملاک و مبنای

تجری را عبارت از بی مبالاتی و یا کمی مبالات نسبت محرمات الهی می‌داند و می‌گوید: تجری شش قسم دارد که وجه اشتراک همه آن‌ها بی مبالاتی و یا کمی مبالات نسبت به معاصی است کـه حکایـت ازخبـث باطن و سوء سریرت فاعل آن دارد؛ لذا فاعل آن‌ها مستحق مـذمت اسـت؛ سـپس شـش قسـم را چنـین بـر می‌شمارد: اول، قصد معصیت بدون هیچ اقدامی؛ دوم، قصد معصیت همراه با تدارک مقـدمات آن؛ سـوم، قصد معصیت همراه با انجام آنچه یقین دارد معصیت است (اما یقین او خلاف واقع باشد)؛ چهارم، انجـام عملی که احتمال می‌داده معصیت است و به امید ارتکاب حرام مرتکـب شـود؛ پـنجم، انجـام عملـی کـه احتمال می‌داده معصیت باشد؛ اما با بی مبالاتی مرتکب شود و ششم، انجـام عملـی کـه احتمـال مـی‌داده معصیت باشد؛ اما به امید آنکه حرام نباشد، مرتکب شود البته در سه قسم اخیر تحقق تجری مشروط بر آن است که عذر شرعی یا عقلی نباشد؛ مثل موردی که مشمول شبهه محصوره وجوبیه و یا تحریمیه باشد؛ اما در موارد برائت و استصحاب، هر چند احتمال مخالفت با نظر واقعی شارع داده می‌شود، اما شـرعاً معـذور است و تجری محقق نمی‌شود (انصاری ۱/ ٤۸ – ٤۹).

بنابر این، طبق نظر شیخ **اولاً**، ملاک اصلی در تحقق تجری، بی‌مبالاتی نسبت به محارم الهی اسـت؛ خواه بی‌مبالاتی اعتقادی و صرف قصد باشد؛ خواه قصد همراه با انجـام مقـدمات و مخالفـت عملـی غیـر منتج به معصیت باشد؛ بنابر این، برخلاف نظر مشهور تجری فقـط منحصـر بـه مخالفـت عملـی وهمـی نیست؛ **ثانیاً**، علاوه بر مخالفت یقینی، مخالفت احتمالی با حکم الزامـی شـرعی نیـز تجـری تلقـی شـده است؛ لذا سه قسمت آخر تجری به احتمال اختصاص یافته است؛ **ثالثاً**، شیخ قید «اعتقـاد و قطـع خـلاف واقع» را فقط در قسمت سوم تجری لازم دانسته است؛ شامل قسم اول و دوم نمی‌شود؛ لذا اگـر قصـد گنـاه واقعی کند یا مقدمات گناه واقعی را فراهم آورد، تجری محسـوب می‌شـود و لازم نیسـت در ایـن دو مـورد اعتقاد او خلاف واقع باشد؛ در واقع قسم سوم تجری مورد نظر شیخ، منطبق بر تعریف اخص است و سایر موارد را شیخ، به نظریه مشهور افزوده است.

حال سؤالی که در اینجا قابل طرح است آن است که آیا جرائم ناتمام (شروع به جـرم، جـرم محـال، و جرم عقیم) که قصد و علم مرتکب به خطا نرفته اما عملیات انجام شـده بـه عللـی خـارج از اراده مرتکـب ناتمام و عقیم بماند و مرتکب به مقصود خود نرسد، مشمول تجری مورد نظر شیخ، قرار می‌گیرد یـا خیـر؟ هر چند شیخ در این مورد صراحتاً اظهار نظر نکرده است، اما با توجه بـه اینکـه شـیخ قصـد گنـاه و انجـام مقدمات گناه را تجری می‌داند، به طریق اولی جرائم ناتمام که عملیات بعد از مقدمات را شـامل می‌شـود، مشمول تجری خواهد شد، شاید به همین دلیل برخی از حقوقدانان حوزوی اظهار داشته‌اند:

«با این تعریف تجری نه تنها شامل جرم محال می‌شود بلکه جرم عقیم، شروع به جرم، تهیـه مقـدمات

ارتکاب جرم و حتی قصد ارتکاب جرم را نیز در بر می‌گیرد چون در تمامی این مراحل هتک حرمت و بی مبالاتی اوامر و نواهی قانونگذار وجود دارد.» (قیاسی و دیگران، ۲/ ۱٤۹).

اما در نقد نظر شیخ باید گفت؛ اولاً، گسترش قلمرو تجری به قصد، قابل دفاع به نظر نمی‌رسد و فقط بر مبنای نظر کسانی که مثل شیخ برای تجری فقط قبح فاعلی قائل هستند و آن را مستوجب عقاب نمی‌دانند، قابل توجیه است؛ اما طبق نظر مشهور فقهاء که تجری را حرام و مستوجب عقاب اخروی و تعزیر بیش از توبیخ می‌دانند، شمول عنوان تجری بر صرف قصد بدون اقدام عملی قابل قبول نیست؛ ثانیاً، شیخ از ملاک دو گانه برای تعیین اقسام تجری تبعیت کرده است؛ چون از یک طرف برای تجری قبح فعلی قائل نیست و آن را فقط مشمول قبح فاعلی دانسته است بر همین اساس صرف قصد گناه را تجری می‌داند و تجری به معنای مشهور یعنی قطع غیر مصیب را نیز غیر قابل عقاب می‌داند؛ از طرف دیگر انجام مقدمات گناه را مشمول عنوان تجری قرار داده است؛ در حالی که این قسم از تجری، طبق نظر شیخ نیز قبح فعلی دارد و مشمول حرمت و عقاب است؛ چه اینکه خود شیخ نیز در همین مبحث، در جمع دو دسته از روایات متعارض که برخی قصد گناه را موجب عقاب می‌داند و برخی معاف از عقاب می‌داند، گفته است: روایات دسته اول را یا باید بر حمل بر استمرار قصد گناه بدون توبه کرد یا حمل بر قصد همراه برانجام مقدمات گناه نمود؛ سپس وی حمل دوم را ترجیح می‌دهد و در استدلال خود به نقل از برخی فقهاء می‌گوید: چون انجام مقدمات گناه، بر اساس قاعده تنقیح مناط، تعاون بر اثم محسوب می‌شود؛ لذا حرام و مستحق عقاب است (انصاری، ٤۸)؛ ثالثاً، ایراد دیگری که به تعریف شیخ وارد است آن است که علی‌رغم آنکه طبق مبنای ایشان، تعریف تجری شامل جرائم ناتمام هم می‌شود، اما این قسم از تجری در تعریف مغفول مانده است.

۳. تعریف خاص

از مصادیقی که برخی فقهاء برای تجری ذکر کرده‌اند و همچنین از استدلال غالب آن‌ها به برخی از روایات، می‌توان گفت در مقابل دو تعریف اعم و اخص، که با ایراداتی مواجه بود، تعریف خاص و معتدلی از جهت ملاک و گستردگی قلمرو، قابل استنباط است. برخلاف تعریف اخص که، ملاک اصلی تجری، فقط قطع خلاف واقع است؛ یعنی عمل انجام شده بر خلاف پندار قطعی متجری، باید مباح باشد، طبق این دیدگاه، ملاک اصلی تحقق تجری، عدم تحقق مقصود متجری است (مظاهری، درس خارج اصول مورخ ۷٤/۹/۲۱)؛ اعم از اینکه عمل انجام شده فی نفسه مباح باشد یا مباح نباشد به دیگر سخن، ملاک اصلی تجری آن است که در واقع مخالفت با حکم الزامی مولا به نتیجه مقصود نرسد، خواه این عدم تحقق به علت پندار خلاف واقع متجری باشد و خواه به علل عوامل خارج از اراده او باشد؛ مانند موانع خارجی،

اشتباه در نحوه عمل و نشانه‌گیری و یا ناممکن بودن موضوع مقصود. یکی از فقهاء علاوه بر مصداق مشهور تجری، موارد دیگری را نیز به عنوان نمونه از باب تجری قابل عقوبت می‌داند و می‌گوید:

«انّ من اراد قتل المولی فأقدم علیه لکنّه اخطأ فیه، او اراد الفحشاء بزوجته فلم یوفق لذلک، او اراد نهب ماله فلم یقدر علیه، فالعقلاء لا یکتفون بمذمته، بل یرون عقوبته» (مظاهری، عوائد الاصول، ۲/ ۲۵) یعنی کسی که اراده می‌کند که مولی را به قتل برساند سپس علیه مولا اقدام می‌کند؛ اما در انجام این کار خطا می‌کند یا اراده می‌کند به زن او تجاوز کند؛ اما موفق در این امر نمی‌شود یا اراده می‌کند مال مولا را غارت کند؛ اما قدرت بر انجام این کار را پیدا نمی‌کند، عقلا فقط به مذمت او اکتفا نمی‌کنند بلکه به عقوبت او نظر می‌دهند.

یکی از حقوقدانان فقیه نیز در خصوص برخی از مصادیق تجری اظهار مشابهی دارد، می‌گوید:

«کسی که مرتکب گناه محال یا عقیم شده است گرچه به عنوان خاص مرتکب گناهی نشده ولی به یقین تجری کرده و چنانکه در گذشته اشاره شد متجری در صورتی که سوء نیت خود را به نحوی ابراز کرده باشد گناهکار است و حاکم می‌تواند او را هر طور که صلاح می‌بینید تعزیر کند.» (گرجی، ۱۱۲).

همانگونه که ملاحظه می‌شود، مصادیق مذکور حرام است؛ یعنی قصد و علم او به خطا نرفته است؛ بلکه در عمل موفق به انجام مقصود نشده است؛ لذا با قید انحصاری تعریف مشهور «قطع غیر مصیب» منطبق نیست و همین امر یکی از وجوه اصلی تمایز این دیدگاه با دو تعریف مذکور است؛ همچنین این دیدگاه اختلافی که با تعریف اعم دارد آن است که صرف قصد را بدون مبرز و مظهر عملی، تجری مستوجب عقاب نمی‌داند؛ اما انجام امور مقدماتی که مبرز قصد ارتکاب حرام باشد تجری محسوب می‌شود (مظاهری، درس خارج اصول، مورخ ۸۹/۲/۱٤) بنابر این یکی از وجوه اشتراک این دو تعریف، آن است که مقدمات مؤثر که مظهر عملی نیت جرم و گناه است تجری تلقی می‌شود. بر این اساس، می‌توان گفت تعریف خاص تجری طبق این دیدگاه عبارت است از:

«هرگونه مخالفت عملی با احکام الزامی شارع به صورت فعل یا ترک فعل که اقدام کننده به دلیل خلاف واقع بودن پندارش یا به دلیل عوامل خارج از اراده‌اش به مقصود خود نرسد.»

به نظر می‌رسد این تعریف نسبت به دو تعریف قبلی کامل‌تر و دقیق‌تر است و ایرادات قبلی بر آن وارد نیست. یکی از روایاتی که در این مورد قابل استناد است، و از طرق مختلف و در منابع شیعه و اهل سنت نقل شده است، روایت صحیحه زید بن علی است. متن این روایت نبوی که در کتب اصولی در باب تجری مورد استناد قرار گرفته چنین است:

«إذا التقی المسلمان بسیفهما علی غیر سنة فالقاتل والمقتول فی النار، فقیل یا رسول الله هذا القاتل

فما بال المقتول؟ قال: لانه أراد قتله» (ابن بابویه، ۲/ ٤٦٢؛ متقی هندی، ۱۵/ ٢٦) یعنی اگر دو مسلمان بدون دلیلی از سنّت، با شمشیر به یکدیگر حمله کنند و یکی دیگری را بکشت هر دو در جهنم هستند سؤال شد حکم قاتل معلوم است؛ اما مقتول چرا؟ حضرت رسول اکرم (ص) فرمود: بخاطر اینکه او هم نیت کشتن فرد مقابل را داشته است.

این روایت دلالت دارد که موضوع تجری اعم از قطع خلاف واقع است؛ زیرا قصد کشتن و کشیدن شمشیر و درگیری حرام است؛ بنابراین، عمل قصد شده مباح نیست و قطع او خلاف واقع نبوده است؛ یعنی ملاک تعریف اخص در آن محقق نیست؛ در عین حال به عنوان دلیل حرمت تجری مورد استناد فقها قرار گرفته است. این امر دلالت دارد که ملاک این دسته از فقها در تحقق تجری، مخالفت عملی با احکام الزامی شارع است که به هر دلیل ابتر و ناتمام مانده است و در این روایت نیز به دلیل ناتوانی و مانع خارجی شخص مورد نظر موفق به کشتن طرف مقابل نشده است. اما قصد کشتن را داشته و در پندار او خلاف واقع نبوده بلکه عمل او طبق مقصود محقق نشده است. علاوه بر این روایت، چهار روایت نبوی دیگر با همین مضمون در کتب اهل سنت ملاحظه شد که مؤید روایت صحیحه مذکور است (متقی هندی، ۱۵/ ۱۹ و۲۳ و ٢٦).

انواع تجری

تجری از جهت پندار خلاف واقع و غیر مصیب که مصداق بارز در تعاریف سه‌گانه تجری محسوب می‌شود، به دو شکل قابل تصور است؛ گاهی پندار متجری، نسبت به تشخیص موضوع خارجی که آن را حرام می‌پندارد، خلاف واقع است که می‌توان آن را «**تجری موضوعی**» نامید؛ گاهی پندار متجری نسبت به تشخیص خود حکم، خلاف واقع است که می‌توان آن را «**تجری حکمی**» نامید. بنابر این تجری از این جهت بر دو نوع است: تجری موضوعی و تجری حکمی، مثال مشهور تجری موضوعی همان شرب آب به تصور خمر است. مثال تجری حکمی مثل کسی که یقین کند که سیگار کشیدن حرام است و با قصد مخالفت با شارع عمداً سیگار بکشد؛ در حالی که سیگار کشیدن در واقع حرام نیست و پندار او نسبت به حکم سیگار خلاف واقع است. امروزه در حقوق موضوعه، این قسم تجری را جرم وهمی می‌نامند.

حکم شرعی تجری

۱. اقوال در حکم تجری

در مورد حکم تجری به معنای اخص در بین فقها و اصولیان اتفاق نظر وجود ندارد و از جمله مباحث

چالش برانگیز اصول فقه است؛ البته ناگفته نماند، قبل از شیخ انصاری، نظر مشهور فقهاء مبتنی بر حرمت تجری بوده و حتی ادعای اجماع شده است؛ شیخ ضمن اذعان به این موضوع (انصاری، ۳۷)؛ در مقابل دلیل اجماع، متوسل به این استدلال شده که: مسأله تجری عقلی است و جایی برای اجماع منقول نیست؛ از طرفی برخی از جمله شیخ در کتاب نهایه و شهید نیز در کتاب قواعد رأی خلاف دادهاند و لذا اجماع محقق نیست (انصاری، ۳۹)؛ اما بعد از شیخ، تاکنون تعداد زیادی از فقهاء تحت تأثیر استدلال ایشان قرار گرفته و معتقدند تجری قبح فعلی و حرمت شرعی ندارد؛. با این همه، تعدادی از فقهای بزرگ و صاحب نام، نظر شیخ را نپذیرفتهاند.

در یک جمع‌بندی می‌توان نظرات مهم در این مورد را در چهار قول دسته‌بندی کرد: قول اول آن است که تجری عقلاً استحقاق عقاب دارد؛ اما حرمت شرعی ندارد. عده‌ای از فقها از جمله محقق خوئی چنین نظری دارند (خوئی، ۲/ ۲٦)؛ قول دوم آن است که تجری هم عقلاً استحقاق عقاب دارد؛ و هم شرعاً حرام است. شهید محمد باقر صدر از جمله قائلان این قول است (صدر، ۲/ ٤۰-٤۱). قول سوم آن است که تجری عقلاً و شرعاً حرام نیست و لذا استحقاق عقاب ندارد؛ فقط متجری مستحق مذمت و سرزنش است. این قول را شیخ انصاری مطرح کرده است (انصاری، ۳۹) و عده قابل توجهی از معاصران از شیخ تبعیت کرده‌اند؛ قول چهارم نظر تفصیلی است و قبح تجری را مشروط به آن می‌داند که فعل یا ترک فعل انجام شده در واقع واجب و مصلحت نباشد؛ این قول را محقق حائری اصفهانی، صاحب فصول مطرح کرده است. ایشان می‌گوید: قبح تجری ذاتی نیست؛ بلکه با توجه وجوه و اعتبارات و مصالح واقعی حکم آن مختلف است، لذا اگر کسی مأمور کشتن فردی شود که قطع پیدا کند که قتل او واجب است، ولی تجری کند و او را نکشد؛ سپس متوجه شود که او محقون الدم بوده؛ مثل اینکه معلوم شود فرزند مولا بوده است. تجری در این مورد عقاب ندارد در واقع در اینجا مصلحت واقع قبح تجری را جبران می‌کند و مولا او را سرزنش نخواهد کرد. (۱/ ٤۳۱).

۲. منشأ اختلاف نظرات

مهم‌ترین مناشی اختلاف در حکم تجری به معنای اخص را می‌توان در سه منشأ اساسی به شرح زیر دسته بندی کرد: **اولین منشأ** اختلاف ناشی از آن است که: آیا از سوی شارع، قطع به حکم شرعی به طور مطلق، بر مکلّف، حجّت است ولو آنکه مخالف با واقع باشد یا تنها در صورت انطباق با واقع حجّت است؟ (صدر، ۱/ ۱۵۸؛ هاشمی شاهرودی، ۲/ ۳۵۹). کسانی که معتقدند قطع به طور مطلق حجت است تجری را حرام و متجری را مستوجب عقاب می‌دانند هر چند مخالفت او مطابق با واقع نیست؛ اما کسانی که قطع مطابق با واقع را شرط می‌دانند تجری را حرام نمی‌دانند (هاشمی شاهرودی، ۲/ ۳۵۹).

دومین منشأ اختلاف مربوط به ملازمه عقل و شرع در این موضوع است؛ سؤال این است که آیا ملازمه‌ای بین استحقاق عقاب (قبح عقلی) و حرمت شرعی وجود دارد یا خیر؟ یعنی هرجا قبح عقلی محرز شد و استحقاق عقاب وجود داشت، آیا حرمت شرعی اثبات می‌شود؟

«نظر مشهور اصولیان امامیه آن است که بین حکم عقل عملی و حکم شرعی ملازمه وجود دارد» (صدر، ۲/ ۲۵٦). بر این اساس، طبق نظر این دسته از علماء «آنچه به تلازم میان آن‌ها حکم می‌کند، قاعده ملازمه است؛ یعنی به حکم عقل فعل متجری قبیح است و فعل قبیح، استحقاق عقاب را دارد و بنا به ملازمه شرع هم به حکم عقل، حکم می‌کند و لذا شرع به حرمت تجری حکم می‌کند» (امینی و پورمنوچهری، ۵۲).

شهید صدر در این خصوص می‌گوید: مولا «حق الطاعه» بر بندگانش دارد که ناشی از حکم عقل به لزوم احترام مولا و رعایت حرمت اوست که با تجری هتک می‌شود و از این جهت همانند عاصی است و هر دو مستحق عقاب هستند (۱/ ۱۵۸).

اما در مقابل برخی از اصولیان با این مبنا مخالف‌اند از جمله محقق خوئی اظهارات مفصل‌تری دارد که خلاصه آن چنین است: برای تحقق ملازمه اولاً، باید ادراک قطعی عقل متعلق به سلسله علل احکام از مصالح و مفاسد باشد، یعنی مصلحت ملزمه‌ای را درک کند که ملاک حکم باشد. اگر چه این امر در احکام تکلیفیه بعید است و در احکام وضعیه ممکن است؛ اما به هر حال در مانحن فیه، درک عقل مربوط سلسله معالیل است یا به عبارتی در مرتبه معلولات احکام شرعی قرار دارد؛ یعنی قبلاً امری و نهی از شارع قبلاً صادر شده است و حالا عقل درک می‌کند که مخالفت با حکم شارع قبیح است این درک مربوط به علت و ملاک حکم نیست؛ بلکه معلول حکم است؛ ثالثاً: وقتی حکم قطعی عقل (در سلسله معالیل) صادر می‌شود مثل قبح تجری یا حسن اطاعت، دیگری نیازی به حکم مولوی مجدد شرعی نیست؛ در واقع این حکم عقل، فرع بر حکم مولوی قبلی شارع است و ممکن نیست مجدد شارع حکم صادر کند؛ چون این امر لغواست و از خدا کار لغو صادر نمی‌شود؛ بنابرای قاعده ملازمه در مورد تجری جاری نیست (خوئی، ۲/ ۲٦)؛ لذا علی‌رغم اینکه محقق خوئی، تجری را قبیح و مستحق عقاب می‌داند؛ اما قائل به حرمت شرعی نیست. ولی کسانی که ملازمه عقل و شرع را در این بحث جاری می‌دانند، تجری را شرعاً حرام می‌دانند.

سومین منشأ اختلاف مربوط به ارتباط قبح فعلی و فاعلی با حرمت و عقاب است. برخی معتقدند حرمت و عقاب فقط نتیجه قبح فعلی یعنی فعل خارجی است و برخی معتقدند، خبث باطن و سوء نیت شخص که به آن قبح فاعلی گویند نیز می‌تواند منشأ حرمت و عقاب باشد. (مشکینی، ۹٤). از آنجایی که

طبق تعریف مشهور تجری، فعل انجام شده مباح است؛ برخی مثل شیخ انصاری معتقدند: استحقاق عقاب به فعل تعلق می‌گیرد نه به فاعل و چون در تجری قبح فعلی وجود ندارد، حرمت و عقاب در تجری ثابت نیست؛ فقط قبح فاعلی دارد و متجری مستحق سرزنش است (انصاری، ۳۹). در مقابل او، محقق آخوند خراسانی، علی‌رغم آنکه فعل خارجی انجام شده توسط متجری را به دلیل آنکه معتقد است، قبح تجری به «مُتِجرَی به» سرایت نمی‌کند، مباح می‌داند؛ اما معتقد است قبح فاعلی در تجری فقط خبث باطنی صرف نیست؛ بلکه همراه با عزم و اراده در مخالفت با مولا و هتک حرمت اوست و لذا مستحق مجازات است. (ص، ۲۵۹) در مقابل نظر سومی مطرح شده است که: گرچه «مُتجرَی به» بر اساس حکم اولیه مباح است؛ اما به دلیل آنکه علاوه بر قصد گناه و عزم جدی در مخالفت، عملاً نیز اقداماتی را با نیت هتک حرمت مولا انجام داده، که بر اساس حکم ثانویه، حرمت بر آن عمل عارض می‌شود (مظاهری، درس خارج ۷٤/۱۰/۲).

البته ناگفته نماند این اختلافات مربوط به تجری به معنای اخص یعنی قطع غیر مصیب است؛ اما در حرمت و استحقاق عقوبت جرائم ناتمام، اعم از اینکه تحت عنوان تجری یا عنوان مستقل دیگر مطرح شود، این اختلاف نظرها وجود ندارد و همه در وجود قبح و حرمت آن اتفاق نظر دارند.

۳. نظریه برگزیده

به نظر نگارندگان نظریه دوم که مبتنی بر حرمت و استحقاق عقوبت است، از مبانی و ادله قوی‌تری برخوردار است؛ زیرا اولاً، عقل و وجدان عمومی تجری را طغیان در برابر مولا و مستوجب عقوبت بیش از سرزنش می‌داند؛ همانگونه که انقیاد را که در نقطه مقابل آن است، تسلیم در برابر مولا و مستوجب پاداش می‌داند؛ ثانیاً، هرچند اثبات حرمت شرعی از طریق ملازمه عقل و شرع در این مبحث، مورد مناقشه است؛ اما برای اثبات حرمت شرعی تجری، تنها راه، اثبات قاعده ملازمه نیست؛ بلکه همانگونه که از برخی فقهاء نقل شد در این مورد، می‌توان به حکم ثانویه که عارض عمل متجری می‌شود، استناد کرد؛ به دیگر سخن، اگرچه نیت مجرمانه و قصد گناه، به تنهایی مستوجب عقوبت نیست، اما در تجری قصد مخالفت با مولا وارد مرحله عملیاتی شده است، صرف قصد نیست، قصد منضم به کالبدِ فعلِ خاص شده و لذا، قبح فاعلی به فعل انجام شده نیز سرایت می‌کند؛ یعنی به حکم ثانویه «متجری‌به» حرام می‌شود؛ چه اینکه تشبّه به فعل حرام نیز، به همین دلیل جایز نیست؛ مثل آنکه دو لیوان آب را به روش شراب خوران به هم بزنند تا تشبّه به آن‌ها پیدا کنند (مکارم شیرازی، استفتاء شماره ۵۲۲۱۰). در این مورد با وجود آنکه آب خوردن حلال است؛ اما تشبّه به عمل حرام، باعث می‌شود اینگونه آب خوردن جایز نباشد؛ در تجری این ملاک به طریق اولی وجود دارد؛ چون در تشبه به عمل حرام، فقط وانمود به عمل حرام می‌کند؛ اما در تجری،

شخص یقین دارد فعل حرام است؛ اما مرتکب می‌شود؛ لذا فعل او چون با نیت گناه انجام شده، قبیح و مستحق عقاب است.

جایگاه و قلمرو تجری در حقوق کیفری فعلی ایران

پس از طرح حکم و قلمرو تجری در فقه، این سؤال مطرح می‌شود که جایگاه و قلمرو تجری در حقوق کیفری ایران چگونه است و تا چه اندازه متأثر از فقه است؟ آیا متجری مسئولیت کیفری دارد یا خیر؟

در پاسخ به این سؤال، به طور کلی می‌توان گفت، در حقوق کیفری کشور ما، توجهی به این مهم نشده است؛ به طوری که علی‌رغم گذشت چهار دهه از استقرار نظام جمهوری اسلامی و چندین بار بازنگری در قانون مجازات اسلامی، قانون‌گذار تا کنون در مورد تجری به معنای اخص، حکمی وضع نکرده است، همچنین وضعیت برخی مصادیق تجری به معنای اعم، از جمله جرم عقیم و محال نیز شفاف نیست. به صورت جزئی‌تر اگر بخواهیم وضعیت تجری را در حقوق کیفری و فقه امامیه به صورت تطبیقی بررسی کنیم؛ لازم است ابتدا فرایند تحقق جرم به اجمال ترسیم شود؛ سپس ارتباط تجری فقهی را با فرایند جرم تبیین و دیدگاه برخی از حقوقدانان را در این فرایند مطرح شود.

به طور اجمال در خصوص فرایند تحقق جرم می‌توان گفت، کسی که تصمیم می‌گیرد مرتکب جرم شود، مسیر و فرایند خاصی را می‌گذراند. ابتدا **قصد** و نیت ارتکاب جرم در ذهن شخص خطور می‌کند؛ سپس **مقدمات** ارتکاب جرم را فراهم می‌کند؛ بعد مرحله **شروع به جرم** شکل می‌گیرد، در صورت عدم انصراف ارادی، دو صورت قابل تصور است؛ یا عملیات در مرحله شروع به جرم، به دلیل موانع خارجی، مثل دستگیری توسط پلیس، متوقف می‌شود؛ یا عملیات تا پایان ادامه می‌یابد؛ در صورت اخیر نیز دو صورت ممکن است رخ دهد، اول اینکه مرتکب به مقصود خود برسد و **جرم تام** محقق شود، دوم اینکه مرتکب علی‌رغم پایان عملیات، به مقصود و هدف خود نرسد؛ صورت اخیر نیز دو قسم است یا عدم تحقق به علت، اشتباه، عدم مهارت مرتکب و یا سایر عوامل خارج از اراده اوست؛ مثل آنکه به دلیل عدم مهارت یا کارآمد نبودن اسلحه، تیر او به خطا رود که به آن **جرم عقیم** گفته می‌شود یا علت عدم تحقق جرم، از بین رفتن یا نبودن موضوع است؛ مثل آنکه کسی به قصد سرقت دست در جیب فردی کند که جیب او خالی است یا به قصد کشتن به کسی شلیک کند که قبلاً مرده است که به آن **جرم محال** گویند. حال به ترتیب به ارتباط تجری با این مراحل به شرح ذیل می‌پردازیم:

۱. ارتباط قصد جرم با تجری

در متون قانونی و رویه قضایی صرف قصد جرم و تصمیم، بدون آنکه اقدام عملی در پی داشته باشد،

مسئولیت کیفری ندارد؛ فقط استثنائاً در مواردی که از یک تصمیم مجرمانه، ممکن است مفسده‌ای عظیم متوجه جامعه شود، قانون جزا تصمیم بر ارتکاب جرم را مستوجب مجازات دانسته است؛ مانند ماده ٦١٠ ق.م.آ.ت. که مربوط به اجتماع و تبانی چند تن بر ضد امنیت کشور است و ماده ٦٦٩ همان قانون که مربوط به تهدید به قتل که البته در این دو مورد هم صرف قصد نبوده بلکه فراتر از آن در قالب تبانی و تهدید دارای عنصر مادی است و این تصمیم به شکلی در رفتار بزهکار نمود پیداکرده است (اردبیلی، ۱/ ۲۱۷). «در حقوق اسلام نیز بدون شک برای گناه عنصر مادی وجود دارد و مجرد قصد گناه تا به منصه ظهور بروز نرسیده باشد جرم محسوب نمی‌گردد, موقعی شخص، حد یا تعزیر و غیره می‌شود که عملی را انجام داده و یا ترک کرده باشد که اسلام آنرا معصیت شناخته باشد» (گرجی، ۱۰۱).

در خصوص رابطه تجری و قصد جرم نیز همانگونه که معلوم شد، طبق تعریف خاص و اخص تجری؛ صرف قصد اصولاً تجری به معنای مصطلح نیست؛ بلکه مخالفت عملی شرط تحقق آن است؛ اما طبق تعریف اعم، قصد گناه، مشمول تجری است، لیکن تجری در این تعریف مشمول حرمت و عقاب اخروی نمی‌شود، تنها مستوجب سرزنش و توبیخ است و توبیخ نیز هر چند طبق نظر برخی از فقهاء، ادنی مرتبه تعزیر شرعی محسوب می‌شود؛ اما در قانون چنین تعزیری برای قصد جرم، مقرر نشده است.

۲. ارتباط انجام مقدمات جرم با تجری

طبق مقررات کیفری ایران، صرف تهیه وسایل و مقدمات ارتکاب جرم، جرم نیست؛ لذا ماده ۱۲۳ ق.م.آ. تصریح دارد: «عملیات و اقداماتی که فقط مقدمه جرم است و ارتباط مستقیم با وقوع جرم ندارد، شروع به جرم نیست و از این حیث قابل مجازات نمی‌باشد» بنابر این، گرچه از افعال مادی به شمار می‌رود، ولی چون قصد مرتکب را به وضوح آشکار نمی‌کند، طبق قانون مجازات اسلامی نمی‌توان او را به این دلیل، قابل تعقیب کیفری و مجازات دانست؛ با این حال قانونگذار مواردی را استثنائاً پیش‌بینی کرده که اعمال مقدماتی خود به عنوان جرائم خاص قابل تعقیب شناخته شده است؛ مانند ساخت و تهیه کلید یا هر نوع وسیله برای ارتکاب جرم که به موجب ماده ٦٦٤ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ به مجازات حبس محکوم می‌شود (اردبیلی، ۱/ ۲۱۸). همچنین به موجب ماده ٦ قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰، خرید و نگهداری سلاح گرم یا سردجنگی یا سلاح شکاری یا قطعات مؤثر یا مهمات آن‌ها، جرم مستقلی محسوب می‌شود. همچنین تشکیل جمعیت به عنوان مقدمه برهم زدن امنیت و طراحی و برنامه ریزی جهت براندازی به ترتیب در ماده ٤٨٩ قانون تعزیرات و ماده ۱۷ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲ جرم مستقل تلقی شده و مجازات سنگینی برای آن‌ها پیش‌بینی شده است. در واقع، جرم انگاری در اینگونه موارد بر مبنای جرم مانع و

بازدارنده و برای پیشگیری از یک خطر شدید صورت گرفته و اقدام قانون‌گذار مصلحت طلبانه است.

این دیدگاه قانونی از نظر برخی فقها اقتباس شده است که معتقدند مقدمه حرام، حرام نیست و قاعده ملازمه بین مقدمه و ذی‌المقدمه را نمی‌پذیرند؛ از جمله امام خمینی چنین نظری دارند؛ مگر آنکه مقدمه، جزء اخیر از علت متصل به ذو المقدمه باشد (۱/ ۲۸۲-۲۸۳). محقق آخوند خراسانی و عده قابل توجهی از اصولیان معتقدند در صورتی که مقدمه تولیدی (سببی) باشد؛ به عبارت دیگر موصله باشد؛ یعنی بلافاصله پس از انجام آن علت، معصیت محقق شود، حرام است؛ اما اگر اعدادی باشد؛ یعنی زمینه ساز و معد گناه باشد، به نحوی که مرتکب فرصت انصراف را از معصیت به طور اختیاری داشته باشد، حرام نیست (ص، ۱۲۸). اما در مقابل این نظر، برخی مثل شهید محمد باقر صدر انجام مقدمات اعدادی حرام را از باب تجری حرام می‌داند (۲/ ۲۸۸) و برخی مثل محقق نائینی در مقدمات اعدادی قائل به تفصیل شده‌اند. او معتقد است اگر مقدمه اعدادی به قصد تحقق معصیت انجام شود، به دلیل تجری حرام است؛ اما اگر به قصد رسیدن به حرام نباشد حرام نیست (۱/ ۲۴۹ -۲۵۰). برخی نیز مثل کاشف الغطاء و شیخ انصاری انجام مقدمات گناه را از باب اعانت بر گناه حرام، و مستحق عقاب می‌دانند (انصاری، ٤٨).

بنابر این، در خصوص ارتباط تجری با مقدمات جرم باید گفت کسانی که تجری را به معنای خاص تعریف کرده‌اند، مقدمات جرم و گناه را از باب تجری حرام و مستوجب عقاب می‌دانند؛ چون مقدمات جرم، علاوه بر همراهی با قصد مجرمانه که نشانگر خبث باطن متجری است، با مخالفت عملی نیز همراه است؛ همچنین کسانی که در تعریف تجری معنای اعم را پذیرفته‌اند؛ مقدمات جرم را از باب تجری و یا تحت عنوان اعانت بر گناه حرام و مستوجب عقاب می‌دانند و اما کسانی که معنی اخص تجری را پذیرفته‌اند، دو دسته‌اند: عده‌ای مقدمه حرام را حرام نمی‌دانند و عده‌ای حرام می‌دانند؛ بدیهی است آن‌هایی که حرام می‌دانند از باب تجری مصطلح حرام نمی‌دانند؛ چون آن را مشمول تعریف تجری نمی‌دانند و اگر کلمه تجری را استعمال کرده‌اند مرادشان تجری لغوی است؛ یعنی طغیان و سرکشی در مخالفت با مولا که پندار آن‌ها موافق با واقع است و لذا دلیل اصلی آن‌ها را باید در عناوین دیگر مثل، اعانت بر گناه یا حرمت غیری طبق ملازمه مقدمه و ذی المقدمه و یا عنوان مستقل جستجو کرد.

۳. ارتباط شروع به جرم با تجری

طبق ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ شروع به جرم چنین تعریف شده است: هر کس قصد ارتکاب جرمی کرده و شروع به اجرای آن نماید، لکن به واسطه عامل خارج از اراده او قصدش معلق بماند، مجازات می‌شود. حال سؤال این است آیا شروع به جرم، تجری تلقی می‌شود یا خیر؟ یکی از حقوقدانان در این خصوص چنین اظهار داشته است:

«به نظر ما بحث تجری با بحث شروع به جرم قابل تطبیق نیست و نمی‌توان حکم تجری، هر چه باشد، را به شروع به جرم سرایت داد؛ زیرا در مرحله شروع به جرم مرتکب علاوه بـر قصـد عصـیان، وارد اجـرای عملیات اجرایی جرم نیز می‌شود. به نحوی که اگر عامل خارجی دخالت نکند، گناه واقع می‌شـود و همـین مقدار از عملیات اجرایی جرم نیز دارای مفسده و آثار نامطلوب اجتماعی است و از نظر موضوع و به تبع آن از نظر حکم قابل مقایسه با تجری نیست. لذا موضوع تجری فقط با قصد ارتکاب جـرم و بـه قـول یکـی از حقوقدانان با جرم وهمی قابل مقایسه است؛ هر چند ممکن است تفاوت‌هـایی هـم داشـته باشـند ... ایـن اعمال قابل مجازات نیستند، زیرا یکی از عناصر تشکیل دهنده جرم، عنصـر قـانونی اسـت و در مـورد ایـن اعمال چنین عنصری وجود ندارد، لذا به عنوان جرم یا شروع به جرم قابل مجـازات نیسـتند» (حبیـب زاده، شماره ۱۸، ص ۲۰).

ایرادی که به این اظهارات وارد است آن است که اولاً، جرم وهمی منطبـق بـر تجـری حکمـی اسـت، شامل تجری موضوعی نمی‌شود. این دو نوع تجری از جهت آثار و نتایج اجتمـاعی و از جهـت مؤاخـذه و عقاب یکسان نیستند؛ بنابراین، نباید جرم وهمی را معادل همه مصادیق تجری دانست؛ ثانیـاً، ایـن تحلیـل فقط بر مبنای تعریف اخص از تجری صحیح است، اما بر مبنای تعریف خاص و اعم صحیح نیست؛ زیـرا همانگونه که گذشت، بر مبنای تعریف خاص، کلیه اقدامات مرتکب که با قصد مجرمانه انجـام می‌شـود، اما به هر دلیل منتهی به تحقق مقصود مرتکب نمی‌شود، تجری تلقی می‌شود؛ لذا شروع به جرم نیز مشمول عنوان تجری است و طبق قانون فعلی نیز مسئولیت کیفری دارد. البته در فقه مطلبی تحت عنـوان شـروع بـه جرم مطرح نشده است؛ اما برخی علما در مقدمه حرام بحثی تحت عنوان مقدمه موصـله مطـرح کرده‌انـد؛ یعنی بلافاصله پس از انجام آن مقدمه، معصیت محقق می‌شود، که این بحث منطبق بر شروع به جرم است و دقیق‌تر از عنوان مقدمه موصله, تعبیر امام خمینی است ایشان هرچند مقدمه حرام را حرام نمی‌دانـد؛ امـا تصریح دارند که اگر مقدمه، جزء اخیر از علت متصل به ذو المقدمه باشد، حـرام اسـت؛ (۱/ ۲۸۲-۲۸۳) در واقع ارتکاب جزء اخیر مقدمه، همان عملیاتی است که بلافاصله بعد از آن جرم و گناه محقـق می‌شـود این مطلب، منطبق بر تعریفی است که از شروع به جرم در حقوق کیفری مطرح شده است.

بنابر این، علمایی که حرمت مقدمه را مشروط به موصله بودن و یا جزء اخیر بودن، کرده‌اند، شروع بـه جرم را حرام می‌دانند و علمایی که مقدمه حرام را اعم از اینکه موصله باشد یـا نباشـد، حـرام می‌داننـد؛ بـه طریق اولی شروع به جرم را حرام می‌دانند؛ لذا می‌توان نتیجه گرفت که اگر چه همـه علمـا مقدمـه حـرام را حرام نمی‌دانند؛ اما اکثریت قریب به اتفاق آن‌ها شروع به جرم را حرام می‌دانند. این حرمـت از دو راه قابـل اثبات است: اول از طریق قاعده ملازمه و تسری حرمت ذی المقدمه به مقدمه که حرمت غیری است؛ دوم

از طریق حرمت تجری است؛ لذا طبق مبنای کسانی که تجری را به مفهوم اعم یا خاص تعریف کرده‌اند حرمت شروع به جرم از هر دو طریق قابل اثبات است. و طبق مبنای کسانی که تجری را به معنای اخص تعریف کرده‌اند، حرمت شروع به جرم از طریق اول، قابل اثبات است.

٤. ارتباط جرم محال با تجری

از آنجایی که جرم محال دارای اقسامی است، لازم است به تقسیمات کلی محال اشاره شود تا معلوم شود که آیا همه اقسام آن با تجری قابل انطباق هست یا نیست؟ حقوقدانان جرم محال را به دو قسم تقسیم می‌کنند: محال نسبی و محال مطلق؛ مراد از محال نسبی آن است که جرم واقعاً می‌توانسته وجود داشته باشد ولی در لحظه ارتکاب، موضوع به طور اتفاقی مفقود بوده است؛ مثل دست کردن به جیب کسی که اتفاقاً جیب او خالی است؛ اما محال مطلق آن است که موضوع آن اصلاً وجود نداشته یا وصف لازم قانونی جهت تحقق جرم را نداشته است. مانند سعی در سقط جنین زنی که اصلاً حامله نبوده است یا تیراندازی به کسی که قبلاً مرده است (گلدوزیان، ١٧٦). همانگونه که از ظاهر تعریف محال مطلق پیداست این تعریف از دو قسمت تشکیل شده که قابل تفکیک است؛ قسمت اول آن به عدم وجود موضوع جرم اشاره دارد و قسمت دوم آن به فقدان شرایط قانونی یا فقدان عنصر قانونی اشاره دارد؛ لذا محال مطلق به دو قسم، محال مطلق موضوعی و محال مطلق حکمی (قانونی) تقسیم می‌شود. البته در تعریف محال حکمی بین حقوقدانان اختلاف وجود دارد. اگر مراد از محال حکمی فقدان عنصر قانونی باشد: محال حکمی آن است که: «مرتکب با قصد ارتکاب جرم رفتاری را انجام می‌دهد که یقین دارد در قانون جرم انگاری شده و قابل مجازات است لیکن فی الواقع عمل ارتکابی جرم نیست»(شمس ناتری و دیگران، ٢٧٤).

این تعریف منطبق با جرم وهمی است که همان تجری حکمی است که شرح آن گذشت؛ اما اگر مراد از محال حکمی، فقدان شرایط قانونی باشد، محال حکمی منطبق با جرم وهمی نیست؛ چه اینکه برخی گفته‌اند: «عنصر قانونی جرم به معنای ممنوعیت کیفری قانون گذار برای نتیجه مقصود فاعل، همچنان وجود دارد و تنها به خاطر اینکه این مقاصد مجرمانه از لحاظ قانونی امکان وقوع ندارند محقق نمی‌شوند یا به عبارت بهتر به دلیل اینکه یکی از «شرایط قانونی» جرم فراهم نیست، جرم غیرممکن می‌شود و نه اینکه «عنصر قانونی» موجود نباشد ... مثال تیراندازی به قصد قتل یک جسد و یا سقط یک جنین مرده به عنوان مثال‌های بارز و مبین وضعیت محال قانونی، عنصر قانونی قتل و یا سقط جنین وجود دارد و فقط به خاطرفقدان شرط قانونی زنده بودن انسان و جنین است که هر دوی این جرائم، محال قانونی می‌باشند» (فتحی و دیگران، ٤٦٢).

بنابر این، محال حکمی نیز به دو قسم مذکور قابل تقسیم است. به هر حال عده‌ای از حقوقدانان تجری

را منطبق بر جرم محال دانسته‌اند. البته تعابیر در این مورد مختلف است در برخی اظهارات آمده است: نوع خاصی از جرم محال در قالب تجری قابل طرح است (گلدوزیان، ۱۷٦). در اظهار نظر دیگری بـه نقـل از برخی از حقوقدانان به طور کلی گفته شده است: جرم محال منطبق با تجری است. (اردبیلی، ۱/ ۲۲٤).

با توجه به تعاریف مختلفی که از تجری مطرح شد، پاسخ این سؤال آن است که اگـر مبنـای تطبیـق و ارزیابی، تعریف خاص و اعم تجری باشد طبق شرحی که گذشت همه اقسام جرم محال، تجری محسوب می‌شوند؛ چه اینکه یکی از حقوقدانان فقیه علاوه برجرم محال، جرم عقیم را نیز با این مبنا تجری می‌دانـد. (گرجی، ۱۱۲)؛ اما اگر مبنای تطبیق و ارزیابی، تعریف اخص باشد، آنچه مسلم است، قسم محال حکمی از نوع فقدان عنصر قانونی، منطبق با تجری است؛ اما سایر اقسام در صورتی منطبـق بـا تجـری اسـت کـه اقدامات انجام شده در واقع مشروع و مجاز باشد، ولی مرتکب با تصـور اینکـه نامشـروع اسـت، مرتکـب شود؛ لذا مصادیقی از جرم محال، مانند تیر اندازی به قصد قتل به جسد مرده یا تیر اندازی به کسـی کـه از دسترس خارج شده یا دست در جیب خالی به قصد سرقت، هر چند قتل و سرقت محقق نشده اسـت، امـا تیر اندازی و دست در جیب کسی کردن تحت عناوین دیگر، جرم تلقی می‌شود؛ امـا مصـادیقی مثـل دادن دارو با تصور اینکه سم کشنده است یا برداشتن مال خود از غیر حرز به قصد سرقت، منطبـق بـا تجـری بـه معنی اخص است؛ چون عمل انجام شده در واقع مجاز است.

۵. رابطه جرم عقیم با تجری

جرم عقیم به جرمی اطلاق می‌شود که فاعل تمام کوشش خود را برای رسیدن به نتیجه به کار می‌گیـرد ولی بنا به عللی غیر قابل پیش‌بینی که خارج از اراده اوست نتیجه حاصل نمی‌شود؛ (اردبیلـی، ۱/ ۲۲۷) یـا به دلیل عدم مهارت خود به مقصود نمی‌رسد. (صانعی، ۲۹٤/۱) بر مبنای تعریف مشهور (اخص)، تجری نیست؛ زیرا در جرم عقیم وارد عملیاتی شده که وصف مجرمانه دارد؛ اما در تجری در واقـع وارد عملیـات مجرمانه نمی‌شود و امکان تحقق جرم نیست. لیکن طبق تعریف اعم و تعریف خاص تجـری، جـرم عقـیم نیز همانند سایر جرائم ناتمام، مشمول تعریف تجری می‌باشد.

نتیجه‌گیری

۱. هر چند حکم تجری به معنای قطع غیر مصیب، در بین فقها اختلافی است؛ برخی فعل متجری را فقط عقلاً قبیح می‌دانند و برخی به استناد ملازمه عقل و شرع یا تحت عنوان حکم ثانوی، تجـری را شـرعاً نیز حرام و مستوجب کیفر اخروی و دنیوی می‌دانند و برخی به دلیل آنکه تجری را فاقد قبح فعلی می‌دانند، استحقاق عقاب اخروی را نمی‌پذیرند؛ ولی همه اتفاق نظر دارند کـه در تجـری قـبح فـاعلی وجـود دارد و

متجری مستحق مذمت و توبیخ است و از آنجایی که توبیخ نوع خفیفی از تعزیر محسوب می‌شود، می‌توان گفت در واقع همه فقهاء اتفاق نظر دارند که متجری استحقاق تعزیر خفیف را دارد؛ وانگهی در مواردی که تجری علیه مصالح عمومی باشد و حالت خطرناک متجری محرز باشد، حتی فقهای مخالف حرمت تجری نیز معتقدند که می‌توان با استناد به حکم حکومتی ویا حکم ثانوی، تعزیر متناسب مقرر و یا متجری را تحت اقدامات تأمینی و تربیتی قرار داد. بنابر این، مراتب مختلف تعزیر برای بسیاری از مصادیق تجری، طبق اتفاق نظر فقهاء قابل اعمال است.

۲. نتیجه دیگری که این تحقیق به دست می‌دهد آن است که جرائم ناتمام نیز مشمول تعریف تجری قرار می‌گیرند و از آنجایی که در قبح و حرمت جرائم ناتمام، اختلاف قابل توجهی بین فقهاء نیست، با پذیرش این نظریه، ادله حرمت تجری و استحقاق عقوبت متجری که منطبق با نظر مشهور فقهاء است، تقویت می‌شود؛ زیرا وحدت ملاک در این موضوع اقتضاء دارد، حکم یکسانی در مورد ماهیت و مصادیق تجری مقرر شود، هرچند با توجه به شدت و ضعف نوع جرایمی که نسبت به آن‌ها تجری صورت می‌گیرد، باید مراتب مختلف تعزیر، متناسب با آن اعمال شود؛ اما حکم کلی آن‌ها از جهت حرمت یکسان است؛ لذا بر این اساس نیز مقنن می‌تواند نظر مشهور فقهاء را به صورت کامل ترجیح داده و خلأ قانونی موجود در مورد تجری را برطرف نماید.

منابع

ابن منظور، محمد بن مکرم، ***لسان العرب***، ج ۱، قم، نشر أدب، ۱٤۰۵ ق.

اردبیلی، محمدعلی، ***حقوق جزای عمومی***، ج ۱، تهران، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۸۳.

امینی، علیرضا؛ پورمنوچهری، سید علی «تجری در حوزه فقه و اصول» ***پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی***، شماره ۱٤، سال ۱۳۸۷، صص ۵۱ - ٦٦.

انصاری، مرتضی بن محمد امین، ***فرائد الاصول***، ج ۱، قم، مجمع فکر اسلامی، چاپ اول، ۱٤۱۹ ق.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ***ترمینولوژی حقوق***، چاپ هفتم، نشرگنج دانش تهران، ۱۳۷٤.

حائری اصفهانی، محمدحسین، ***الفصول الغرویه فی الأصول الفقهیة***، ج ۱، قم، دار الاحیاء علوم، ۱٤۰٤ ق.

حبیب زاده، محمد جعفر، «تحلیل ماده ٤۱ قانون مجازات اسلامی»، ***ماهنامه دادرسی***، شماره ۱۸، تهران، ۱۳۷۸، صص ۱۸ تا ۲٤.

خمینی، روح الله، ***تهذیب الاصول***، تقریر جعفر سبحانی، ج ۱، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳٦۳.

خوئی، ابوالقاسم، ***مصباح الأصول***، تقریر محمد حسینی بهسودی، ج ۲، قم، نشر داوری، چ پنچم، ۱٤۱۷ ق

سبحانی، جعفر، ***المحصول فی علم الأُصول***، تقریر سید محمود جلالی، ج ۳، قم، موسسه امام صادق (ع)،

۱٤۱۹ ق.

__________، ***درس خارج اصول***، www.eshia.ir/feqh، ۱۳۸۸.

شمس ناتری، محمدابراهیم، و حمید رضا کلانتری و ابراهیم زارع، ***قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی***، چ دوم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.

صانعی، پرویز، ***حقوق جزای عمومی***، ج ۱، چ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷٤.

صدر، محمد باقر، ***بحوث فی علم الأصول***، تقریر سید محمود شاهرودی، ج ۲، قم، مجمع علمی شهید صدر، ۱٤۰۵ ق.

__________، ***دروس فی علم الأصول***، ب چ دوم، ج ۱، بیروت، دارالکتب لبنانی، ۱٤۰٦ ق.

ابن بابویه، محمد، ***علل الشرائع***، ج ۲، نجف، مکتبه الحیدریه، ۱۳۸۵ ق.

فتحی، محمد جواد؛ ره دار پور، حامد؛ چنگایی، فرشاد، «جرم وهمی در مقایسه با مفاهیم مشابه» ***فصلنامه تحقیقات حقوقی*** شماره ٦۰، تهران، سال ۱۳۹۱، صص ٤٤۱ تا ٤۷٤.

قیاسی، جلال الدین؛ ساریخانی، عادل؛ خسرو شاهی، قدرت الله، ***حقوق جزای عمومی اسلام و حقوق موضوعه***، ج ۲، چ سوم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.

گرجی، ابوالقاسم، «حقوق جزای عمومی اسلام»، ***نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی***، شماره ٦، تهران، سال ۱۳۵۸، صص ۸۵–۱٤۸.

گلدوزیان، ایرج، ***بایسته‌های حقوق جزای عمومی***، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.

متقی هندی، علاء الدین علی بن حسام، ***کنزل العمال***، ج ۱۵، چاپ پنجم، بیروت، مؤسسة الرسالة، ۱٤۰۱ ق.

مشکینی، میرزا علی، ***اصطلاحات الأصول***، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۱.

مظاهری، حسین، ***درس خارج اصول***www.eshia.ir/feqh ، سال ۱۳۸۹.

__________، ***درس خارج اصول***، www.almazaheri.ir، سال ۱۳۷٤.

__________، ***عوائد الاصول الصغیر***، ج ۲، چ اول، اصفهان، موسسه فرهنگی مطالعاتی الزهرا، ۱۳۹۳.

معین، محمد، ***فرهنگ فارسی یک جلدی***، چ دوم، تهران، انتشارات راه رشد، ۱۳۸٤.

مکارم شیرازی، ناصر، ***استفتائات***؛ سایتhttp://makarem.ir ، بی تا.

میرخلیلی، محمود «بازپژوهی تجری در آموزه‌های اسلامی با نگاهی به حالت خظرناک از منظر جرم شناسی» ***نامه مفید***، شماره ۸۲، قم، سال ۱۳۸۹، صص ۲۵–٤۲.

نائینی، محمد حسین، ***أجود التقریرات فی علم الأصول***، به قلم سید ابوالقاسم خوئی، ج ۱، قم، انتشارات مصطفوی، سال ۱۳۵۱.

هاشمی شاهرودی، محمود، ***فرهنگ فقه فارسی***، ج ۲، چ دوم، قم، مؤسّسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت، ۱۳۸۵.